

DIREITO AO SILÊNCIO: COROLÁRIO DO DIREITO DE NÃO SE AUTO-INCRIMINAR. ORIGEM E EVOLUÇÃO

*Luciana Fregadolli Monk**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Talmude. 3 *Ius commune* europeu. 4 Sistema inquisitório de origem eclesiástica. 4.1 Inquisição; 4.2 Reações contra o Sistema Inquisitório.

Palavras-chave: Direito ao silêncio - Talmude - Sistema Inquisitório.

1 INTRODUÇÃO

Desde a época em que responder ao interrogatório era obrigação do acusado, até os dias de hoje, em que se lhe permite permanecer calado sem que disso resulte prejuízo a ele ou à sua defesa, longo caminho foi percorrido, passando, inclusive, por um período em que o direito ao silêncio foi equiparado à confissão tácita, carregando-se ao imputado um verdadeiro *onus probandi*.

O direito ao silêncio tem como fundamento o princípio de que ninguém é obrigado a testemunhar contra si próprio num processo criminal – comumente expresso através da máxima latina *nemo tenetur se detegere*.

Historiadores e juristas que se dedicaram ao estudo do tema têm divergido sobre questões de origem histórica e sobre a amplitude mutável da aplicação do princípio no decorrer dos séculos. A maioria aponta a *Common Law* da Inglaterra como raiz; o direito teria nascido da resistência em prestar o juramento *ex officio* ou de *veritate dicenda*, imposto pelos tribunais eclesiásticos¹. Outros apontam o direito aplicado no continente europeu, o

* Mestre e doutora em Direito pela PUC/SP. Professora da Universidade Estadual de Maringá.

¹ Nesse sentido: LEVY, Leonard W. *Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee, 1999. prefácio. CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Trad. Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986, p. 259. GORA, Joel M. *Due process of law*. Illinois: National Textbook Co., 1977, p. 53. EASTON, Susan. *The case for the right to silence*. 2. ed. Vermont: Ashgate Publishing Limited, 1999, p. 1. LAWSON, Don. *Landmark: Supreme Court cases*. New Jersey: Enslow, 1987.

Ius Commune, formado pelas leis romana e canônica, como origem². Ainda há aqueles que indicam a Quinta Emenda à Constituição norte-americana, como fonte moderna do princípio³.

Para descrever as origens do direito de não se auto-incriminar, o autor norte-americano Leonard W. Levy, ganhador do Prêmio Pulitzer em História com a obra *Origins of the Fifth Amendment*, usa as seguintes palavras: “de um tempo imemorial”, afirmando que nenhuma descrição sobre as origens desse direito seria completa sem o reconhecimento de sua existência na antiga lei dos judeus. Se o direito chegou a existir milhares de anos antes da *Common Law* da Inglaterra, ou antes ainda, não se sabe. Nem se entendem claramente as razões de sua existência⁴.

2 TALMUDE

Encontramos referências ao direito de não se auto-incriminar no Talmude⁵ e nos comentários posteriores da lei judaica⁶.

Ensina Levy que: “O procedimento criminal talmúdico tinha caráter estritamente acusatório, refletindo uma preocupação humana com a vida e a liberdade. Se houvesse alguma acusação, era feito pelo tribunal um exame rigoroso das testemunhas, punindo-se severamente o falso ou refutado testemunho. O testemunho declarado por duas testemunhas oculares do crime era exigido para a condenação. Os rabinos que atuavam como juízes no *Sanhedrin*, a corte criminal, examinavam e contra-examinavam os acusadores antes de denunciarem o réu. Regras rigorosas sobre o testemunho prevaleciam; os tribunais se recusavam a aceitar um boato ou provas circunstanciais”⁷.

² Nesse sentido: HELMHOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 17. GARCIA, Alfredo. *The Fifth Amendment: a comprehensive approach*. Connecticut: Greenwood Press, 1999, p. 10.

³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 391.

⁴ LEVY, Leonard W., op. cit., p. 433.

⁵ Talmude em hebraico significa “ensino”; designa a coletânea enciclopédica da tradição judaica escrita em aramaico, que foi compilada durante oitocentos anos (de 300 a.C. a 500 d.C.) na Palestina e Babilônia. Consiste de sessenta e três livros legais, éticos e históricos escritos pelos antigos rabis. Não é um simples comentário do Antigo Testamento, mas uma síntese de filosofia, teologia, história, ética e folclore judaicos. Durante séculos foi o mais importante compêndio das escolas judaicas. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 938; SHLESINGER, Hugo; PORTO, Humberto. *As religiões ontem e hoje*. São Paulo: Edições Paulinas, 1998, p. 260).

⁶ LEVY, Leonard W., op. cit., p. 433.

⁷ Continua o autor: “O tribunal rejeitava a declaração de testemunhas oculares de homicídio se os testemunhos diferissem em um ponto essencial. Se, por exemplo, uma dissesse que a arma era uma espada, e a outra um punhal, a discrepância invalidava as declarações. O acusado era presumido inocente até que a sua culpa fosse demonstrada com certeza por

A lei talmúdica proibia a admissão de qualquer testemunho auto-incriminatório, mesmo prestado voluntariamente. Tinha como regra que a ninguém era permitido confessar ou testemunhar contra si mesmo criminalmente⁸. Assim, se o acusado por suas palavras, revelasse sua culpabilidade em um crime, ele não seria passível de punição, de acordo com a lei criminal. O tribunal simplesmente excluiria suas declarações incriminatórias⁹,

Embora as leis de Moisés¹⁰ não afirmassem o direito de não se auto-incriminar, os juízes rabínicos deduziram-no da norma contida no Deuteronômio, que requeria duas testemunhas para os casos de crimes capitais¹¹.

Por razões provavelmente humanitárias, nos casos criminais os juízes simplesmente entendiam serem necessárias “testemunhas”, para haver, no julgamento, pessoas diferentes da do auto-acusador¹².

Constata Levy¹³ que alguns filósofos judaicos forneceram explicações racionais para a exclusão de uma confissão feita livremente; entre eles, o filósofo Maimônides¹⁴.

uma prova que fosse exata, consistente sob todos os aspectos, e fora de dúvida”. (tradução nossa) LEVY, Leonard W., op. cit., p. 433-434.

⁸ “Nas antigas Cortes Rabínicas, estava declarada a máxima *ein adam meissim atsmo rasha*, o equivalente hebreu da *nemo tenetur seipsum tenetur*. Numa tradução literal, significa que um homem não poderia apresentar-se como culpado, ou como um transgressor. Em vários pontos da edição Soncino do Talmude, a tradução inglesa é dada como ‘ninguém pode incriminar a si mesmo’. Aquela regra era absoluta e não poderia ser renunciada ou abandonada.”(tradução nossa) LEVY, Leonard W., op. cit., p. 434.

⁹ “Não havia possibilidade de alguém culpar-se a si mesmo de um crime por um testemunho de sua própria boca. Em um caso criminal, ao acusado era permitido falar em seu próprio favor. O tribunal o examinaria não para assegurar sua condenação, mas para encontrar razões para a absolvição; uma vez absolvido, ele estaria protegido pela lei contra o risco duplo: ‘O veredicto poderá ser revertido somente para absolver, mas não para condenar’.” (tradução nossa) LEVY, Leonard W., op. cit., p. 435.

¹⁰ A Torá é a “Lei de Moisés”, isto é, os cinco primeiros livros da Bíblia, que os judeus alexandrinos denominaram Pentateuco (SHLESINGER, Hugo; PORTO, Humberto, op. cit., p. 266).

¹¹ Deuteronômio XVII: 6: “Sobre o depoimento de duas ou de três testemunhas morrerá aquele que tiver de ser posto à morte. Ninguém seja morto com um só testemunho contra si”. Ainda, XIX: 15: “Não valerá contra alguém uma só testemunha, qualquer que for o delito ou o crime; mas tudo será verificado sobre o depoimento de duas ou três testemunhas.” O que seria o conhecido brocardo *testis unus testis nullus* – um só testemunho não tem valor. (BÍBLIA Sagrada. 55. ed. revista por Frei João José Pedreira de Castro, O.F.M. São Paulo: Ave Maria, 1987).

¹² O acusado não poderia declarar-se culpado por meio de seu próprio testemunho. Ele não era simplesmente protegido contra sua auto-incriminação; ele era também visto como incompetente para ser testemunha contra si mesmo, porque era um “parente de si mesmo”. E um parente não poderia testemunhar contra ele – nem para ele; portanto, ele não poderia testemunhar contra si mesmo (LEVY, Leonard W., op. cit., p. 437).

¹³ LEVY, Leonard W., op. cit., p. 438.

¹⁴ Moisés Maimônides (1135-1204), um dos maiores filósofos judeus, natural de Córdoba, Espanha. Médico, ele e sua família foram forçados a deixar a Espanha em consequência da perseguição aos judeus, instalando-se no Cairo. Sua maior obra rabínica, *Mishnah Torah*, de 1180, é uma codificação de todas as leis rabínicas (incluindo o Talmude) e das crenças judaicas. Seu célebre *Guia dos perplexos*, de 1190, é uma síntese do pensamento judaico e

Referido filósofo justificava o direito de não se auto-incriminar baseando-se nas leis sagradas, segundo as quais nenhum tribunal tinha o poder de infligir pena de morte ou de flagelação pela admissão do delito, pois “o auto acusado poderia estar mentalmente confuso, na miséria, ferido na alma, ansiando pela morte, acreditando que a espada transpassada em sua barriga poria um fim aos seus problemas”¹⁵.

Um comentador do Código de Maimônides, *David Ibn Zimra*, no século XVI, ofereceu, segundo Levy, a mais interessante e plausível explicação para a regra talmúdica contra a auto-incriminação em casos capitais: a vida de um homem não pertenceria a ele mesmo, mas a Deus, e sua admissão de culpa não teria efeito legal. Ele não poderia dispor daquilo que não lhe pertencia. Nenhum homem teria o direito de se matar; logo, não teria direito de confessar que cometera uma ofensa pela qual se sujeitasse à pena de morte, porque sua vida não era propriedade privada dele mesmo. Concluía o comentador que a questão era uma decisão do Rei do Universo e não cabia a ninguém questioná-la¹⁶.

Cabe assinalar que o direito de não se auto-incriminar também é previsto na *Common Law* anglo-americana; se a razão para tal existência foi influência do Talmude, é uma intrigante questão, “mas a resposta, se baseada antes na evidência que na especulação, deve ser negativa”. Os puritanos seriam a única ligação possível entre o Talmude e a *Common Law*¹⁷.

Os puritanos¹⁸ ocuparam cargos importantes no parlamento inglês, chegando a dominar o governo no século XVII, época em que o juramento

aristotélico. LOYN, Henry R. *Dicionário da Idade Média*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 245-246; HINNELL, John R. *Dicionário das religiões*. Trad. Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1987, p. 159.

¹⁵ Explica Levy que a perspicácia do Talmude de que um homem é muito próximo de si mesmo, seu próprio parente, reconheceu, por implicação, que o instituto de autopreservação governa as atitudes de qualquer pessoa normal. Conseqüentemente, somente um indivíduo transtornado mentalmente, indiferente à sua própria vida, admitiria um crime capital. Sua confissão seria uma forma de suicídio, pecaminoso e violador do instinto de autopreservação. (tradução nossa) LEVY, Leonard W., op. cit., p.438-439.

¹⁶ LEVY, Leonard W., op. cit., p.439.

¹⁷ Esclarece, ainda, o autor, que eles eram religiosa e intelectualmente unidos aos hebreus; é fato consagrado, pois muitos estudiosos, ministros e até estudantes puritanos, leram várias passagens espalhadas sobre o direito de não se auto-incriminar nas leis judaicas. Nenhuma pessoa ligada ao estudo do desenvolvimento desse direito na história inglesa ou americana deixou de citar o precedente talmúdico. No século XVII, quatro anos estudando as leis dos hebreus era o tempo imposto aos estudantes da Universidade Harvard, cuja biblioteca possuía uma excelente coleção de trabalhos rabínicos. No entanto, afirma Levy que não há provas concretas de que o Talmude tenha influenciado o desenvolvimento do direito de não se auto-incriminar na *Common Law* (Ibidem, p. 440-441).

¹⁸ Edgar McManus salienta a influência das Escrituras na concepção dos puritanos sobre o que o direito deveria ser: “Eles acreditavam que os comandos morais dados a Moisés, no Monte Sinai, ainda vinham do povo de Deus através dos séculos. Os puritanos viam-se como um povo especial de Deus, os sucessores dos antigos hebreus, numa nova aliança divina. (...) A língua hebraica era tão importante quanto o grego e o latim entre os puritanos instruídos. Esse era o

ex officio foi banido dos tribunais eclesiásticos ingleses. Na Nova Inglaterra, fundaram a colônia de Massachusetts, onde, em 1641, o *Body of Liberties* banuiu o referido juramento¹⁹.

3 IUS COMMUNE EUROPEU

As raízes do privilégio não são encontradas na *Common Law* da Inglaterra, mas no *Ius Commune*, a lei aplicada ao longo do continente europeu. Como apregoam Helmholtz *et al.* (1997),²⁰ dentro da tradição legal ocidental, a máxima latina comumente usada para exprimir o princípio contra a auto-incriminação, *nemo tenetur procedere seipsum*, teve suas origens no *Ius Commune* europeu.²¹ O direito canônico medieval, a metade eclesiástica do *Ius Commune*, previa a seguinte declaração: “*sed contra videtur quod non teneatur respondere quia nemo tenetur prodere se*”, ou seja, “ninguém é compelido a acusar-se a si mesmo”²².

A regra constava no *Decretum Gratiani*²³; estava expressa e explicada, por exemplo, no mais popular manual processual do *Ius Commune* medieval, o *Speculum iudiciale*²⁴, compilado por William

idioma original do Antigo Testamento e um instrumento essencial para entender a lei de Deus.”(tradução nossa) McMANUS, Edgar J. *Law and liberty in early New England: criminal justice and due process*, Massachusetts: University of Massachusetts Press, 1993, p. 21.

¹⁹ Interessante anotar que a Suprema Corte Norte-Americana, na decisão mais comentada e tida como a mais importante sobre o tema, o *case Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966), o juiz Warren observou que as raízes do direito de não se auto-incriminar remontam a épocas remotas, e apoiando sua afirmativa cita Maimônides, *Mishnah Torah*: “*To sum up the matter, the principle that no man is to be declared guilty on his own admission is a divine decree*”. In: UNITED States Supreme Court Reports. New York: The lawyers co-operative publishing company. Oct. 1967. v. 16, p. 715.

²⁰ HELMHOLTZ, R. H. *et al.*, op. cit., p.17.

²¹ A Europa medieval dispunha de um direito culto, chamado Direito Comum, formado pelos dois Direitos: o Civil (a recompilação de Justiniano) e o Canônico, contido nas coleções que vieram a formar o *Corpus Iuris Canonici*. Em todas as universidades se estudavam ambos os ordenamentos, que por isso marcavam, direta ou indiretamente, toda a prática jurídica na Europa. Como ensina Guimarães: “O *Corpus Iuris Civilis* é um conjunto de normas do Direito Romano, compiladas por ordem de Justiniano, e compreende cinco obras: o Código Antigo (*Codex Vetux*), o Digesto, as Instituições, o Código Novo e as Novelas (*Novellae Leges*)”. GUIMARÃES, Afonso Paulo. *Noções de Direito Romano*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 61.

²² Ainda segundo os autores, mesmo o direito romano, metade do *Ius Commune*, estudado pelos juristas medievais, continha textos sustentando a regra contra obrigar pessoas a responderem perguntas incriminatórias. HELMHOLTZ, R. H. *et al.*, op. cit., p.17.

²³ A obra *Decretum Gratiani*, organizada na metade do século XII pelo monge Graciano, constituiu a primeira parte da grande coletânea de leis da Igreja que, a exemplo do *Corpus Iuris Civilis* do Imperador Justiniano, foi chamada de *Corpus Iuris Canonici* e continha as leis dadas durante quase dois séculos pela suprema autoridade dos romanos pontífices, com ajuda de peritos em Direito Canônico, chamados glosadores (HORTA, Jesus. *Código de Direito Canônico e o ecumenismo*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2003).

²⁴ O *Speculum iudiciale* trazia a regra n. III:1, tit. *De inquisitione* § 1, n. 1, § 2, n. 2-5. HELMHOLTZ, R. H. *et al.*, op. cit., p.17.

Durantis em 1296, e em manuais básicos que descreviam as regras processuais a serem seguidas pelos juízes e advogados nos tribunais. Autores medievais que se dedicaram ao estudo do direito romano e canônico citam o direito de não se auto-incriminar em suas obras.²⁵

Várias máximas do *Ius Commune* expressavam as mais importantes limitações ao ato do interrogatório. Em adição à máxima *nemo tenetur*, eram acrescentadas estas: *nemo punitur seno accusatore* – ninguém é punido na ausência de um acusador; e *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* – ninguém é obrigado a revelar a própria vergonha²⁶.

O princípio refletido nessas máximas, segundo Helmholz *et al.* (1997), era desconhecido na lei romana clássica, e não há certeza sobre quando passou a fazer parte do *Ius Commune*. Uma hipótese provável é que o privilégio tenha começado como uma limitação ao dever religioso da confissão²⁷.

São João Crisóstomo, no século IV, escreveu: “I do not say that you should betray yourself in public nor accuse yourself before others, but that you obey the prophet when he Said, Reveal your ways unto the Lord”.²⁸ A declaração de Crisóstomo foi citada séculos depois, na Inglaterra, como justificativa para o princípio *nemo tenetur*²⁹.

²⁵ HEMHOLZ, R. H. et al, citam vários autores europeus que se dedicaram ao estudo do direito canônico romano, e que fizeram referência em suas obras ao princípio à não-auto-incriminação; entre eles: Julius Clarus (*Practica criminalis*, 1595), Robertus Maranta (*De inquisitione*, 1605), Bartolus Saxoferrato (*Commenaria ad Digestum Justiniani*, 1570), Sigismundus Scaccia (*Tractatus de iudiciis causarum civilium criminalium et haereticalium*, 1663), Lanfrancus de Oriano (*De responsionibus*, 1541) e Panormitanus (*Commentaria super decretalium*, 1615), este último foi o maior dos comentaristas medievais das decretais do papa Gregório IX, no século XV (op. cit., p. 37).

²⁶ *Nemo punitur sine accusatore* (“No one is punished in the absence of an accuser”) and *Nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (“No one is bound to reveal his own shame”). (HEMHOLZ, R. H. et al, op. cit., p.185)

²⁷ Antes do século III, a penitência para os pecados era uma obrigação da fé cristã, e acontecia em público. Se essa penitência incluía uma confissão em público ou se, ao invés, era precedida por uma confissão privada, é uma questão de disputa entre os estudiosos; o certo é que a Igreja exigia confissão privada (auricular) (Ibidem, p.185).

²⁸ “Eu não digo que você deveria se trair em público nem que deveria se acusar ante os outros, mas que você obedeça ao profeta quando ele diz: Revele-se diante de Deus”. O historiador do século V Sozomen explicou: “[I]n seeking pardon it is necessary to confess the sin; and since from the benning the bishops decides, as is only right, that it was too much of a burden to announce one's sins as in a theater with the congregation of the Church as witness, they appointed for this purpose, a man of the best refinement, a man silent and prudent. To him sinners came and confessed their deeds.” Na busca do perdão é necessário confessar o pecado; mas desde o princípio os bispos decidiram, como sendo certo, que era um fardo anunciar um pecado como em um teatro, com a congregação da Igreja como testemunha; eles designavam então, para esse propósito, um presbítero, um homem do melhor refinamento, um homem silencioso e prudente. Os pecadores vinham e confessavam seus pecados”. (Tradução nossa) (Ibidem, p.185-186).

²⁹ Ibidem, p.186.

Muito antes, portanto de qualquer aparição do privilégio contra a auto-incriminação na *Common Law* inglesa, esse princípio já estava presente, expresso e discutido no Direito Comum europeu³⁰.

Embora esse precedente temporal tenha sido reconhecido por praticamente todos os investigadores que escreveram sobre a história do tema, poucos deles atribuíram a fonte do moderno privilégio contra a auto-incriminação ao Direito Comum. A tese mais divulgada, e geralmente aceita pelos estudiosos do tema, aponta o direito anglo-americano como origem, resultado de uma rejeição explícita da *Common Law* ao direito da Igreja. "Isso mostra que havia uma oposição fundamental à situação do privilégio entre a *Common Law* inglesa e o *Ius Commune* europeu, e a honra de ter sido a fonte efetiva do moderno privilégio é atribuída ao direito inglês"³¹.

A *Common Law* inglesa tentava impedir a Igreja de impor aos acusados um juramento que exigia deles a auto-incriminação. Era o chamando juramento *ex officio*, ou o juramento de *veritate dicenda*, usado por todos os tribunais da Igreja da Inglaterra. Esses tribunais exerciam uma jurisdição ativa sobre uma variedade de ofensas religiosas, incluindo divergências das doutrinas e cerimônias da Igreja inglesa³².

Os tribunais eclesiásticos acolheram o uso do juramento *ex officio*, que requeria a auto-incriminação, apesar da aparente origem eclesiástica da máxima *nemo tenetur*³³.

4 SISTEMA INQUISITÓRIO DE ORIGEM ECLESIASTICA

O processo penal romano passou por dois períodos: o republicano e o imperial. Durante a república, o processo começava pela *accusatio*³⁴. Inicialmente esta cabia ao ofendido ou a seus parentes, depois se estendeu a qualquer pessoa do povo³⁵.

Assim, depois de feita a acusação é que se ia pesquisar o crime na sua materialidade e autoria. Para a realização das investigações, o

³⁰ Ibidem, p.18.

³¹ Ibidem, p. 18. (tradução nossa)

³² O juramento era imposto em particular pelo tribunal da *Court of High Commision*, criado sob a monarquia dos Tudor.

³³ HELMHOLZ, R. H. et al, op. cit., p.19.

³⁴ A forma do processo era a acusatória e o princípio que a dominava, da qual lhe vem o nome, era: ninguém pode ser levado a juízo sem uma acusação. *Nemo in iudicium tradetur sine accusatione* (TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1967. t. II, p. 560).

³⁵ Qualquer cidadão tinha o direito de acusar, exceto, como assinala Tourinho Filho, "os magistrados, as mulheres, os menores e as pessoas que por seus antecedentes não oferecessem garantias de honorabilidade" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3, p.81).

magistrado concedia ao acusador uma *lex*, isto é, uma declaração delegando-lhe o poder de investigar. Com a *lex*, o acusador procedia a buscas, fazia apreensões, ouvia testemunhas, examinava documentos, colhia os elementos materiais que pudessem servir à prova da infração, enfim fazia tudo quanto hoje se faz no inquérito policial. A *inquisitio* era posterior à *acusatio*³⁶.

Com a queda da república e a proclamação do império, o sistema acusatório não desapareceu, mas o procedimento sofreu modificações; o poder de acusar tornou-se fonte de graves injustiças, principalmente quando se dispôs que um quarto da multa paga pelo condenado fosse atribuída ao acusador. A produção de provas confiada à parcialidade das partes não oferecia garantias suficientes para o imputado que não dispusesse de meios para obter o patrocínio de um defensor. As sanções fixadas contra o acusador de má fé tornaram-se mais severas. O acusador ficava sujeito ao risco de ser punido posteriormente por tergiversação ou por calúnia³⁷.

As acusações foram diminuindo, não apenas as infundadas, pois o temor de nelas incorrer dissuadia até mesmo aqueles que agiam no interesse público³⁸. Isso levou o Estado a intervir *ex officio*, inicialmente naqueles casos particulares em que mais evidente se demonstrava o interesse público; depois gradativamente, de maneira geral, pela instituição de funcionários públicos, encarregados de promover a persecução penal. Organizou-se então uma polícia oficial, fortemente centralizada, com funções tipicamente judiciárias, enquanto o espírito policial do povo foi desaparecendo³⁹.

Sob a égide do império, o próprio Estado passou a desempenhar, por agentes públicos, o papel de acusação, com o intuito de assegurar o poder do Estado e possibilitar enfim a efetiva garantia da ordem pública. “O sistema acusatório, utilizado até então, entrou em crise”⁴⁰.

³⁶ Dominava o contraditório, a prova dos fatos competia às partes, sem que o juiz tomasse qualquer iniciativa. Dominava a publicidade e a oralidade; se o réu se confessava culpado, era condenado sem mais indagações. O falso acusador era marcado com um “K” na testa, inicial de *calumnia*, escrita à moda antiga (TORNAGHI, Hélio, op. cit., p. 561).

³⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 48.

³⁸ Tornaghi enumera os inconvenientes do sistema acusatório, como se apresentava, em sua primeira fase histórica, entre eles: “a) a impunidade de criminosos; b) a facilitação da acusação falsa; c) o desamparo dos fracos; d) a deturpação da verdade; e) a impossibilidade de julgamento em muitos casos; f) a inexeqüibilidade da sentença”. TORNAGHI, Hélio, op. cit., p.562.

³⁹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de, op. cit., p. 48. Segundo Tornaghi, “As calamidades a que conduzia o processo acusatório levaram o Senado romano a encarregar os *quaesitores* de averiguar as infrações de que tivessem notícia, evitando que os infratores ficassem impunes” (TORNAGHI, Hélio, op. cit., p. 564). De acordo com Tourinho Filho, “o processo da *cognitio extra ordinem* fez introduzir, entre os romanos, a tortura, para a obtenção de confissões. A princípio torturava-se somente o réu. Depois, não só o réu como também as testemunhas para que falassem a verdade” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 83).

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2.ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 31.

Com as sucessivas invasões dos bárbaros, o processo romano foi sendo influenciado pelo processo acusatório germânico, com o predomínio das ordálias ou juízos de Deus⁴¹.

O processo tornou-se, nas palavras de Bentham, “um jogo de azar, substituindo-se os lógicos pelos exorcistas”⁴² e acabando por reconhecer-se como método de apuração da verdade o critério da prevalência física, frequentemente exercida por pessoa remunerada pelo interessado, estranha ao conflito de interesses. Assim, quem não tinha “força física para fazer valer o seu direito, nem recursos para empregar força alheia, ou aquele que por outras razões não confiasse na justiça das cortes senhoris (precária, mutável e sem garantias), acabava por procurar a jurisdição eclesiástica”⁴³.

Diante desse quadro de insatisfação, o processo inquisitório apareceu como um subsidiário do acusatório e os dois coexistiram durante muitos séculos. Aos poucos foi caindo em desuso o processo acusatório e firmando-se o inquisitório⁴⁴, que surgiu propriamente para evitar injustiças. Isso porque a enorme diferença de classes e forças sociais e econômicas⁴⁵, preponderante na

⁴¹ Refere Almeida que, “sob a denominação de ordálias, também chamadas julgamentos ou juízos de Deus, incluíam-se certas provas, rudes, penosas e muitas de caráter moral, a que eram submetidos os acusados ou os litigantes e das quais deveriam estes, por graças ou intervenção divina, sair com vida, incólumes, ou ilesos no caso de serem inocentes, ou deterem de seu lado o bom direito. Encontra-se o regime das ordálias em quase todos os povos antigos da Ásia e da África, e por larguíssimos tempos vigorou ~~efe~~ no mundo, tendo atravessado muitos séculos e penetrado na Europa, em cujos países foi geralmente praticado até fins do século XI. Havia diversas espécies de ordálias: as principais eram as seguintes: 1) a prova das bebidas amargas; 2) a do veneno; 3) a do fogo; 4) a da água; 5) a da cruz; 6) a das serpentes; 7) a do cadáver. A prova pelo fogo, por exemplo, realizava-se por diversos modos: ou fazendo-se o acusado tocar com a língua um ferro quente, ou obrigando-o a conduzir uma barra de ferro em brasa na distância de nove passos, ou então a caminhar, com os pés nus, sobre nove ou doze barras de ferro incandescentes, sem se queimar. A prova d’água realizava-se atando a mão direita com o pé esquerdo do acusado, e era este atirado na água; se sobrenadasse, seria havido como criminoso; se, ao contrário, fosse ao fundo, seria considerado inocente. A prova do cadáver consistia em colocar-se o corpo da vítima diante do acusado; se do cadáver novamente começava a correr sangue, o acusado era havido como verdadeiro autor do homicídio” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de, op. cit., p. 49).

⁴² BENTHAM apud GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.32.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p. 32. No dizer de Gomes Filho, “em oposição àqueles métodos de revelação da verdade judicial, desenvolve-se uma nova racionalidade probatória, na qual a solução dos conflitos humanos deixa de ser confiada a Deus, para constituir-se tarefa dos próprios homens” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 20).

⁴⁴ No sistema inquisitório, leciona Tornaghi: “o juiz, longe de satisfazer-se com a verdade ficta, buscava conhecer os fatos como haviam ocorrido, ficando investido dos mais amplos poderes de investigação. [...] A *inquisitio* dividia-se em duas fases: na primeira, pesquisava-se o fato em sua materialidade, sem atentar especialmente para ninguém, por isso era chamada *inquisitio generalis*. Na segunda, apurada a existência do fato, passava-se à investigação da responsabilidade do suspeito, se perquiria especialmente acerca de alguém, por isso chamada de *Inquisitio specialis*” (TORNAGHI, Hélio, op.cit., p.564 – 565).

⁴⁵ Lembra Tornaghi que, “Para evitar que os humildes fossem vítimas da cólera dos poderosos, que os homens de bem sofressem na boa fama, na estima pública e, finalmente, para

Idade Média, havia anulado a pretendida igualdade das partes no processo acusatório, ora em favor do inocente, ora em favor do acusador⁴⁶.

Grinover consigna que “[...] a jurisdição eclesiástica havia se criado com base na missão confiada a funcionários públicos e a bispos do Imperador Justino, para fiscalizar a administração da Justiça nas províncias; quase contemporaneamente, reconheceu-se à Igreja o direito de julgar o clero, num primeiro tempo apenas para fins religiosos e sem qualquer jurisdição temporal. Aos poucos, porém, a Igreja estendeu sua jurisdição, acabando por ocupar-se, objetivamente, de qualquer matéria que concernisse à fé, ainda que prevista por leis comuns, e, subjetivamente, também de leigos que de qualquer forma tivessem relação com a Igreja”⁴⁷.

No sistema inquisitivo de origem eclesiástica, como relata Levy (1999), as oportunidades de defesa originariamente disponíveis ao acusado incluíam o direito de ser informado das acusações, o de saber os nomes das testemunhas de acusação, e o de obter cópias de seus depoimentos. O acusado tinha, então condições de contestar as acusações, as provas e mesmo a admissibilidade do testemunho de pessoas que fossem suas inimigas⁴⁸.

Contudo, como aponta o citado autor “[...] in cases of heresy, which were especially handled by the inquisitors in secret hearings and trials, the accused was denied all the usual rights on by one. The prosecution’s witnesses were always examined secretly and out of the presence of the accused”⁴⁹.

Ainda: uma decretal⁵⁰ do papa Gregório IX consignava que somente nos casos de investigação da vida pregressa daqueles que tivessem intenção de servir nos ofícios eclesiásticos não seria exigido um acusador⁵¹.

O sistema originário da jurisdição eclesiástica para punir heresias desenvolveu-se e ampliou-se, abrangendo, de início, apenas as ofensas à moral ou à religião; mas a utilidade de um procedimento que consentia ao

assegurar o bom êxito das investigações, o processo passou a ser secreto e documentado pela redução a escrito de todos os atos. O que não estivesse nos autos era como se não existisse: *Quod non est in actis non est in mundo*” (TORNAGHI, Hélio, op. cit., p.564).

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p.92.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.33.

⁴⁸ LEVY, Leonard W., op. cit., p.25.

⁴⁹ *Ibidem*, p.25.

⁵⁰ Com o objetivo de reformar e reorganizar as instituições jurídicas da Igreja, os sucessivos papas legislavam mediante a edição de inúmeras decretais em resposta às exigências e necessidades da época. As decretais de Gregório IX (1227-1241), concluídas em 1234 e aprovadas pela bula *Rex pacificus*, foram enviadas aos mestres e estudiosos das Universidades de Bolonha e Paris, para servir de *in iudiciis*. Isto é, no foro e na academia, vetando-se expressamente, sem autorização da Santa Sé, a elaboração de qualquer outra compilação. (TUCCI, José Robério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico: história do direito vigente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 55-56).

⁵¹ Decretal 1, título 6, capítulo 3. HELMHOLZ, R. H. et al, op. cit., p. 22.

poder temporal dupla ação, sem nenhum impedimento, revelou-se de imediato, provocando sua extensão a processos que não tinham como objeto aquelas ofensas. “Tal extensão foi tão rápida e tão ampla que o papa Inocêncio III, através de sua decretal, acabou por esclarecer que ‘*tribus modis procedi possit: per accusationem, per denuntiationem, per inquisitionem*’”⁵².

Este último método – *per inquisitionem* – acabou por prevalecer sobre os outros, mesmo junto às autoridades laicas, em virtude do inevitável apoio que encontrava junto a governos absolutos, os quais, como refere Manzini, “por seu intermediário, viam a possibilidade de alcançar os inimigos do poder constituído e os rebeldes, favorecendo a delação e engendrando um compreensível temor com relação ao príncipe e a seus funcionários”⁵³.

Assim, o processo canônico, a princípio moldado no sistema acusatório, foi evoluindo para o sistema inquisitivo, até que o Concílio de Latrão⁵⁴, em 1215, acabou adotando-o como único⁵⁵.

A Igreja foi assumindo a função de investigar as infrações e julgar os infratores, instalando-se aos poucos as regras processuais de natureza inquisitória, encontrando amparo na monarquia, que restou fortalecida com o apoio da Igreja sob o domínio do direito canônico⁵⁶.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.34.

⁵³ Manzini apud GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 34. Enfatiza Tourinho Filho: “[...] viram os soberanos, naquele tipo de processo (inquisitório), uma arma poderosa, e por isso espalhou-se entre os tribunais seculares” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 92).

⁵⁴ Como esclarece Loyn: “Desde os primeiros dias do Império Cristão até o século XIV, Latrão foi a principal residência do papa, com sua igreja no local da atual São João de Latrão. Concílios religiosos eram aí realizados regularmente e, durante o período de forte monarquia papal nos séculos XII e XIII, aí tiveram também lugar assembléias gerais ou concílios ecumênicos. Seu objetivo principal era efetuar uma reforma unificadora da Igreja em todo o Ocidente. (...) O maior e o mais importante foi o Quarto Concílio de Latrão, convocado por Inocêncio III em 1215 como o clímax de seu enérgico pontificado; ocupou-se não só da reforma moral mas também de decretos que esclareceram a doutrina e abordaram a supressão da heresia”. (LOYN, Henry R., op. cit., p.233)

⁵⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. v. 2, p. 82. TORNAGHI, Hélio, op.cit., p.565.

⁵⁶ Ao falar sobre o sistema inquisitório Gomes Filho ensina que, “Conquanto não constituísse propriamente uma novidade, dados os seus conhecidos antecedentes greco-romanos, o método inquisitivo aperfeiçoou-se sobretudo no seio das jurisdições eclesiásticas, diante da necessidade de repressão da heresia e das condutas irregulares do clero, que exigiam uma permanente atividade de investigação por parte das autoridades religiosas; o seu fundamento era o papel papal e o direito de vigilância sobre os fiéis que o mesmo compreendia, o que, por sinal, harmonizava-se com o propósito dos monarcas em submeter toda a sociedade a seu controle. Corolários dessas exigências eram o segredo, em face do perigo de propagação das condutas heréticas ou contestadoras do poder real, bem como o caráter praticamente ilimitado da pesquisa da verdade, que consistia em verdadeira obsessão do inquisidor; daí ser natural, nessa perspectiva, a utilização do saber do próprio acusado como fonte de informação; se culpado, o acusado tem certamente um conhecimento preciso da realidade e a confissão, se obtida, constitui a melhor forma de se

Uma das mais odiosas características de todo o procedimento inquisitivo, introduzido pelo Quarto Concílio de Latrão, foi o novo juramento exigido do suspeito. Era o juramento de *veritate dicenda*, para dizer a verdade em todos os interrogatórios que pudessem lhe ser administrados, uma obrigação aparentemente inócua, que, na realidade, era uma armadilha sem saída, uma forma de tortura espiritual, tortura *spiritualis*, calculada para induzir à auto-incriminação⁵⁷.

A confissão de culpa era o centro de todo o processo inquisitorial, e o juramento, imposto logo no início dos procedimentos, era considerado como indispensável para a confissão⁵⁸.

O acusado, desconhecendo as acusações contra si, seus acusadores, as provas, era imediatamente colocado entre o martelo e a bigorna; ele deveria prestar o juramento ou ser condenado como culpado, já que, se prestasse o juramento, estaria expondo-se ao risco certo de punição por perjúrio – e suas mentiras eram provas de sua culpa – ou condenaria a si mesmo pelas admissões que seu julgador visse como prejudiciais, talvez como uma confissão de um crime inominável. O juramento de *veritate dicenda* era, assim, virtualmente, um juramento auto-incriminatório⁵⁹.

Por estar associado com a Inquisição, o juramento ficou conhecido como “juramento inquisitorial”; e, por ter-se originado com um procedimento no qual o julgador atuava *ex officio* como acusador e julgador, era também chamado de juramento *ex officio*⁶⁰.

alcançar a verdade real: *‘in criminali causa certum est confessum esse dammandum secundum omnes’*; assim acabava por transformar-se toda a atividade probatória em uma desenfreada busca da confissão, inclusive com a admissão do recurso à tortura.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p.21-22).

⁵⁷ LEVY, Leonard W., op.cit, p. 23. O juramento de *veritate dicenda* era admitido nas causas espirituais e, no curso do processo, contra exceções maliciosas. Por ele, *partes fatentur expresse non alaturas probationes, nisi omnia veritate nitantur*. (BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 47, jul./set. 1987, p. 93).

⁵⁸ “O direito canônico, influenciado pelo direito romano do último império, desenvolveu um sistema de provas altamente sofisticado, mais tarde conhecido como teoria das provas legais, que supostamente ajudaria o acusado, prevenindo a convicção de inocência. O peso da prova, como no antigo sistema acusatório, estava inteiramente sobre o acusador, mas o direito canônico exigia um grau incomum de prova, em gênero e quantidade. [...] Exigia-se uma perfeita ou completa prova, que era especificada com uma complexidade considerável e uma exatidão quase científica. Prova completa era prova clara como o sol ao meio-dia. Consistia, idealmente, no depoimento de duas testemunhas oculares, não incriminadas nem incrimináveis pelo mesmo fato; elas deveriam ter visto o acusado cometer o crime para completar a prova num caso capital. Evidências documentais, como escritos heréticos, tinham peso, mas raramente estavam disponíveis. ‘Indicações aproximadas’ ou ‘meias provas’, como testemunhas de ouvir-dizer, e presunções de peso ou provas conjecturais eram insuficientes para sustentar uma condenação. A confissão do acusado era necessária para confirmar.” (tradução nossa). LEVY, Leonard W., op. cit., p.26-27.

⁵⁹ Ibidem, p.24.

⁶⁰ Ibidem, p.24.

Em 1252, o papa Inocêncio IV edita a bula *Ad extirpanda*, objetivando estabelecer um mecanismo de perseguição sistemática e autorizando o uso da tortura. A bula conferiu mais poderes às autoridades civis para torturar suspeitos, objetivando forçá-los a denunciar seus cúmplices, assim como confessar sua culpa por heresia. Quatro anos depois, o papa autorizou os juízes eclesiásticos a se absolverem uns aos outros e, mutuamente, concederem isenções por irregularidades, autorizando-os, do mesmo modo, a administrar a tortura diretamente⁶¹.

Assim, o sistema inquisitório de origem eclesiástica, com procedimento secreto, juramento inquisitorial, inicialmente era utilizado somente em casos extraordinários, como heresia, e nos casos de investigação da vida pregressa daqueles que tivessem intenção de servir nos ofícios eclesiásticos; depois tornou-se regra, passando a ser procedimento de rotina para todos os casos, até para os mais irrelevantes, na Europa continental⁶².

Em 1542 o papa Paulo III estatuiu a Sagrada Congregação da Inquisição Romana e Universal, ou Santo Ofício, como corte suprema de resolução de todas as questões relacionadas à fé e à moral. E foi durante a Inquisição, período negro e triste da era medieval, que o juramento *ex officio* foi largamente imposto.

4.1 Inquisição

“Ver o mundo de forma diferente pode nos ameaçar com a solidão; dizer que o vemos de forma diferente nos ameaça com o ostracismo. Portanto, a hipocrisia é a homenagem que o intelecto paga aos costumes. (Thomaz Szasz)”⁶³.

O objetivo central da Inquisição, como se supõe em seu nome, era *inquisitio* – isto é, inquirir – da heresia⁶⁴.

⁶¹ Ibidem, p.27.

⁶² Como anota Marques: “o sistema inquisitivo avassalou o continente europeu a começar do século XV. Até a Revolução Francesa, ele dominou, sem contraste, a legislação processual penal, tendo sido um dos instrumentos de formação e consolidação do absolutismo dinástico, que imperou nas monarquias da Europa, a partir do século XVI” (MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 93). Registra Tourinho Filho que na Espanha o sistema vigorou através do código chamado *Libro de las Leyes*, mais conhecido com o nome de *Las Siete Partidas*. Na Alemanha, o sistema foi consagrado em fins do século XV, por muitas leis, sendo a mais importante a Lei Imperial de 1503, mais conhecida como *Constitutio Criminalis Carolina*. Na França, em 1679, no reinado de Luiz XIV, surge o grande *Ordannace sur la procédure criminelle*, eminentemente inquisitivo. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p.85-86).

⁶³ SZASZ, Thomas S. *A fabricação da loucura*. Trad. Dante Moreira Leite. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 88.

⁶⁴ Segundo o Código de Direito Canônico, Cânone 751, “Chama-se heresia a negação pertinaz, após a recepção do batismo, de qualquer verdade, em que se deva crer com fé divina e católica, ou a dúvida pertinaz a respeito dela.” [...] No conceito de heresia, é fundamental o elemento de pertinácia, ou seja, a consciência clara e continuada da culpabilidade na negação ou dúvida de uma verdade de fé. Por isso, o Decreto *Unitatis*

No século XI apareceu na Europa nova forma de delito religioso, isto é, uma heresia fanática e revolucionária, o catarismo⁶⁵, ou movimento albigenses⁶⁶. Em bandos fanáticos eles provocavam tumultos, ataques às igrejas, por todo o decorrer do século XI até metade do século XII, aproximadamente, na França, na Alemanha, nos países baixos. No intuito de acabar com essas formas de agressão, o papa Lúcio III, em 1184, obteve a ajuda do imperador Frederico Barba-Ruiva para instalar inquisições episcopais regulares. Ordenou aos bispos que fizessem buscas sistemáticas sobre desvios com relação ao ensinamento oficial da Igreja. A partir de seu início, portanto, o objetivo fundamental da Inquisição era garantir a aceitação de uniformidade de opinião e crença religiosa⁶⁷.

Contra os hereges a Igreja aplicava penas espirituais, principalmente a excomunhão; não pensava em usar a força bruta⁶⁸. Quando, porém, o imperador romano se tornou cristão, a situação dos hereges mudou. Sendo o cristianismo religião de Estado, os Césares quiseram continuar a exercer para com este os direitos dos imperadores romanos em relação à religião pagã⁶⁹.

Inocência III, em 1199, insistia na equiparação entre a heresia e o crime de lesa-majestade, e em 1220 o imperador Frederico II, pela Constituição de 22 de novembro, equiparou os crimes dos hereges aos de lesa-majestade⁷⁰.

Redintegratio, do Concílio Vaticano II, afirma no n. 3, que os que agora nascem e são imbuídos na fé em Cristo nas comunidades separadas da Igreja católica "não podem ser argüídos do pecado da separação, e a Igreja católica os abraça com fraterna reverência e amor." (HORTA, Jesus, op. cit., p. 347).

⁶⁵ Os cátaros, do grego *katharós*, puro, "batiam-se pela renúncia a tudo quanto consideravam imundo, e entre as coisas sórdidas estavam o casamento e o uso de carnes. Negavam a legitimidade de qualquer autoridade temporal. Para implantar suas idéias, não tergiversaram em empregar a violência" (TORNAGHI, Hélio, op. cit., p.572).

⁶⁶ Assim chamados porque eram originários de Albi, cidade da França meridional, onde os hereges tinham seu foco principal. Eles rejeitavam algumas instituições básicas da Igreja, como o matrimônio e enalteciam o suicídio.

⁶⁷ SZASZ, Thomas S., op. cit., p.89.

⁶⁸ Santo Agostinho, São Crisóstomo, São Norberto e outros mestres medievais eram contrários ao uso da força: "sejam os hereges conquistados não pelas armas, mas pelos argumentos", admoestava São Bernardo (LEVY, Leonard W., op. cit., p. 21). São Cipriano, Bispo de Cartago, pregava que a maneira de ferir os soberbos e contumazes, era colocá-los fora da Igreja (TORNAGHI, Hélio, op. cit., p.570).

⁶⁹ No antigo direito romano o juiz não empreendia a procura dos criminosos; só procedia ao julgamento depois de lhe ser apresentada a denúncia. O mesmo se dava com a Igreja: a autoridade eclesiástica não procedia contra os delitos se estes não lhe fossem previamente apresentados.

⁷⁰ TORNAGHI, Hélio, op. cit., p. 572. Durante o papado de Inocência III (1198-1216) estabeleceu-se definitivamente a pena de morte contra os hereges. "A Inquisição tornou-se uma instituição cultural do terror em nome da fé." (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Trad. Paulo Fróes. 12.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, p.31).

O Concílio de Latrão, em 1215, renovou as prescrições aos bispos. Inúmeros outros concílios repetiram os mesmos preceitos. Aparecia assim a Inquisição episcopal.

Mas a verdade, como observa Tornarghi (1967) “é que os bispos lutavam com dificuldade para a tarefa que lhes havia sido deferida, mesmo valendo-se de legados. Daí a idéia de confiar a sacerdotes a missão inquisitorial. Resolveu-se então instituir tribunais permanentes, com atribuição de perquirir (atividade policial) e punir (atividade jurisdicional) os crimes praticados por hereges. Foi a origem da Inquisição eclesiástica”⁷¹.

A fundação da Inquisição papal pode ser diretamente atribuída ao papa Gregório IX, e sua missão era investigar e julgar os que cometiam heresia. As ações desse papa ocorreram ao final de um longo período de lutas contra a heresia por parte da Igreja institucionalizada. Vários decretos papais e conciliares (1139, 1179, 1184 e 1199) tentaram regulamentar a detecção de heresias e impedir seu crescimento através das instituições episcopais⁷².

Em 1252, Inocêncio IV permitiu o uso de tortura para obter uma confissão. Se a confissão era feita, o indivíduo podia abjurar e recebia uma penitência canônica; se ele se mantivesse relapso, era entregue ao poder secular, que habitualmente *executava* os hereges na fogueira⁷³.

⁷¹ No dizer de Henry Charles Lea: “Os inquisidores consideravam como sua missão salvar as almas, reconduzi-las aos caminhos da salvação e infligir-lhes penitências salutares. Seus julgamentos não eram, como os dos juízes temporais, vingança exercida pela sociedade contra os culpados ou exemplos destinados a escarmentar.” (Lea, apud TORNAGHI, Hélio, op. cit., p.572-573).

⁷² O papa Gregório IX em sua bula *Excommunicamus*, “estipulou procedimentos pelos quais inquisidores profissionais seriam enviados para localizar hereges e persuadi-los a se retratarem. A bula foi publicada em 1231 e nos anos seguintes a tarefa de interrogar aqueles acusados de heresia foi confiada às Ordens Mendicantes, sobretudo aos dominicanos. [...] Gregório IX tentou introduzir certo grau de racionalidade legal nos procedimentos inquisitoriais: seriam instalados tribunais presididos por dois juízes locais nomeados pelo papa; os processos exigiam o depoimento de duas testemunhas que permaneceriam no anonimato e não poderiam ser diretamente impugnadas; o suspeito fazia seu depoimento sob juramento.” (LOYN, Henry R., op. cit., p.208).

⁷³ LOYN, Henry R., op. cit., p.208. Cunha e Baluta asseveram que a tortura, “método usado amiúde nessa época, para obtenção de confissões, é, na verdade, tão antiga quanto a humanidade, encontrando-se referências sobre sua prática desde o século IV antes de Cristo. Em diversos momentos da história, as civilizações recorreram à tortura, que chegou a ser elevada à categoria de prática judicial lícita, tendo a inquisição espanhola se constituído no maior exemplo de tortura sistemática, praticada em nome do cristianismo”. Ainda, “No capítulo IV da Retórica de Aristóteles, encontrava-se uma lista de cinco provas que poderiam ser utilizadas em um processo legal, estando entre elas a tortura” (CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jalro. *O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 69-70). Grinover constata que o procedimento na antiga Grécia era oral, público, contraditório, e utilizava a tortura como meio de prova. “A tortura era utilizada geralmente para os escravos, portanto não podiam eles, por sua condição, prestar juramento, entendendo-se assim possível dar um crédito de verdade a seus depoimentos, através da tortura” (GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.29). Como enfatiza

Assevera Gomes Filho (1997) que, a “confissão do acusado representava, portanto, o objetivo primordial, pois somente ela podia fornecer a certeza moral a respeito dos fatos investigados: a tortura era seu instrumento. Evidente, entretanto, o vício epistemológico que aí se continha, pois o inquisidor era alguém comprometido *a priori* com a tese da culpabilidade, que procurava demonstrar; a pesquisa cedia vez à confirmação de uma verdade já estabelecida”⁷⁴.

O Manual dos inquisidores, de autoria de Eymerich (1993), fixou instruções precisas a respeito da oportunidade da aplicação do suplício durante o processo⁷⁵. O manual ensina que a tortura é um paliativo na falta de provas⁷⁶; não há pessoas não-torturáveis⁷⁷; a confissão é a mais importante prova de culpa⁷⁸; a defesa tem função meramente nominal⁷⁹; bastam duas testemunhas para provar a existência de boatos⁸⁰; o inquisidor deve prestar

Tornaghi: “A tortura era plenamente empregada pelos romanos, que consideravam os escravos como coisa e não gente!” (TORNAGHI, Hélio, op. cit., p. 567).

⁷⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op.cit., p. 22. Assinala Michel Foulcault: “A rigor, bem analisadas as coisas, a técnica do inquérito não chegava a superar o irracionalismo dos duelos e ordálias, em que a revelação do verdadeiro é confiada à divindade; afinal, a tortura também não passava de um jogo (desigual) entre o juiz-inquisidor e o acusado, em que este ganhava, resistindo, ou perdia, confessando.” (*Vigiar e punir*. Trad. Ligia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 39-40).

⁷⁵ O Manual dos Inquisidores foi escrito pelo frade dominicano Nicolau Eymerich em 1376. Trata-se de um manual prático e direto de como proceder a uma inquisição. Tudo é remetido a textos bíblicos, pontifícios, conciliares, imperiais. É um verdadeiro tratado sistemático em três partes: (I) o que é a fé cristã e seu enraizamento; (II) a perversidade da heresia e dos hereges; (III) a prática do ofício de inquisidor que importa perpetuar. Foi um dos primeiros textos a serem impressos, em 1503, em Barcelona. Devido ao surgimento de novas heresias e a uma urgente necessidade de atualizar o manual, no século XVI, 1576, o também frade dominicano Francisco Peña transcreveu e completou o manual de Eymerich com todos os textos, disposições, regulamentos e instruções aparecidos desde a sua morte, em 1399 (EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2.ed. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993).

⁷⁶ “Tortura-se o acusado que vacilar nas respostas; o suspeito que só tem uma testemunha contra ele é torturado” (parte III, F, 28). “É bom lembrar, antes de proceder à tortura, que sua finalidade é menos provar um fato do que obrigar o suspeito a confessar a culpa que cala” (parte III, F, 28, 7). Ibidem, p. 119.

⁷⁷ “[...] Nenhuma das pessoas isentas de tortura a propósito de qualquer delito o será tratando-se de heresia”. (parte II, H). Assim, não escapavam os velhos e as crianças, pois “pode-se torturá-los, mas com certa moderação; devem apanhar com pauladas ou, então, com chicotadas” (Ibidem, p.156).

⁷⁸ “Diante do tribunal da Inquisição basta a confissão do réu para condená-lo. O crime de heresia é concebido no cérebro e fica escondido na alma: portanto, é evidente que nada prova mais do que a confissão do réu”. (parte II, G, 31). Ibidem, p.131.

⁷⁹ “O papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena para o crime cometido”. (parte II, G, 31), pois o fato de dar direito de defesa ao réu também é motivo de lentidão no processo e de atraso na proclamação da sentença. (parte II, F, 31). Ibidem, p.121.

⁸⁰ As testemunhas deveriam ser íntegras e maiores de idade. “Dois depoimentos divergentes quanto aos fatos serão suficientes para provar a existência de boatos: pode-se ‘proceder’”. (parte II, D, 20, XVI). Ibidem p.116.

muita atenção à maneira de responder do acusado ou testemunha⁸¹. Na parte II, E, XVI, o manual traz a frase habitual para a prestação de juramento diante do Tribunal da Inquisição: "Juro por Deus e a Cruz, e pelos Santos Evangelhos, que toco com minha mão, dizer a verdade. Que Deus me ajude se mantiver meu juramento e que me castigue se eu quebrá-lo"⁸².

A Inquisição já não era a mesma do início do século XII, cujo objetivo fundamental era garantir a uniformidade de opinião e crença religiosa, punindo a heresia com a excomunhão. Havia ampliado deveras o leque das heresias, passando a perseguir outros erros⁸³, além da heresia judaizante⁸⁴, sem dúvida a principal. As Inquisições estavam preocupadas com o crescimento do protestantismo e empenhadas em defender a pureza de dogmas da Igreja.

Tentava-se abolir as ordálias e os duelos judiciais, mas se estabeleciam a tortura, a ausência de garantias para os acusados, o segredo, o juramento *ex officio* e o tão temido Tribunal da Inquisição: o Santo Ofício.

O sistema acusatório, a partir do século XV foi definitivamente abandonado na Europa, prevalecendo o sistema inquisitório, no qual o processo se iniciava com uma simples denúncia anônima e terminava nos autos-de-fé⁸⁵.

⁸¹ "Se constatar que o interrogado está respondendo com cautela e malícia, preparará armadilhas, forçando-o, assim, a responder adequadamente e com clareza". (parte II, E). Ibidem, p.117.

⁸² Ibidem, p. 118.

⁸³ "No rastro do Concílio de Trento (1545-1563), marco institucional da Contra-Reforma, as inquisições passaram a se preocupar com o perigo protestante e a defender a pureza de dogmas e leis da Igreja de Roma: perseguir os que duvidavam da virgindade de Maria, os que afirmavam não haver pecado na fornicção, os que negavam o purgatório, os que questionavam os sacramentos, os bígamos. Animados por uma política de prevenção contra o avanço da 'heresia luterana', os inquisidores acabariam movendo fortíssima campanha moralizante, processo controlador e adestrador de condutas individuais. No limite os inquisidores trariam para seu foro delitos sexuais como a sodomia, a bestialidade e outros contatos sexuais assinalados a heresias, ate então adscritos à justiça secular." (VAINFAS, Ronaldo. *Confissões da Bahia: santo ofício da inquisição de Lisboa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 9-10).

⁸⁴ "Judaizantes, nome que se dava aos cristãos-novos que apostasiavam, isto é, retornavam ao judaísmo, apesar de católicos batizados, conservando ritos e crenças judaicas em segredo." (Ibidem, p. 8).

⁸⁵ O *auto-de-fé* "era um ritual cerimonial, realizado na maior praça da cidade, ao qual assistiam funcionários seculares e religiosos, bem como muitas pessoas, e no qual o acusado – que já tinha sido processado e condenado – deveria arrepender-se publicamente; deveria renunciar a Satã e aceitar Deus; depois (usualmente) era queimado. [...] Assim era para despertar terror nos heréticos e consolação aos corações dos fiéis. [...] O divergente era perdoado e levado de volta à congregação de fiéis: estava convertido à fé verdadeira. E o culpado era castigado com clemência: era queimado, sendo estrangulado antes de ser incinerado. O herético não-arrependido era queimado vivo." (SZASZ, Thomas S., op. cit., p. 90-91).

4.2 Reações contra o Sistema Inquisitório

Após seis séculos de predomínio do sistema inquisitório de origem eclesiástica na Europa continental, inicia-se um movimento em reação aos excessos medievais da Inquisição.

Em meados do século XVIII instaura-se um período chamado filosófico, dos enciclopedistas, que tiveram como antecessores os filósofos do direito natural, Grocio, Hobbes, Locke, entre outros, e que, na França, reagiram contra a ordem de coisas estabelecidas, lançando as bases da nova intuição.

Desligada a ciência da teologia, o Estado e o direito como fatos puramente humanos, foram submetidos a exame e à crítica, delineando-se outra ordem política e social, na qual o homem comum, que nada era ante as classes privilegiadas, começou a destacar-se com direitos próprios.

Destacam-se, nesse período, Montesquieu, com sua obra *Espirit des lois*, onde ele ataca especialmente o direito vigente; Voltaire, em numerosos escritos, e Jean Jacques Rousseau, que, especialmente no *Contrato social*, prega a libertação do indivíduo da onipotência do Estado, cujos poderes se reduzem ao necessário para a manutenção da ordem⁸⁶.

Nos últimos anos do séculos XVIII tinha-se formado, na França, uma escola de criminalistas, que desenvolveu e expôs, em numerosos escritos, a doutrina de Cesare Bonesana, marquês de Beccaria⁸⁷; entretanto, escolas outras, tendo o mesmo objetivo, tinham surgido na Itália, Inglaterra, Portugal e Alemanha. Daí a formação da Escola Clássica, cujos alicerces eram constituídos pela teoria clássica de Beccaria.

Essa teoria estabelecia as bases e os limites do direito de punir, de proporcionar os castigos aos delitos, de suprimir os suplícios bárbaros, de prevenir o crime antes de reprimi-lo e, sobretudo, de abstrair a justiça de qualquer espécie de laço com as teologias opressivas.

Destarte, a doutrina de Beccaria, depois chamada de Doutrina Clássica, foi se instalando no espírito público europeu, que, por sua vez, reconheceu a necessidade da reforma do direito penal e da confecção de uma nova legislação, consignando os novos princípios criminais pregados pela Escola Clássica.

⁸⁶ Como observa Tourinho Filho, Montesquieu condenava as torturas, elogiava a Instituição do Ministério Público, uma vez que fazia desaparecer os delatores; Voltaire censurava a lei que obrigava o juiz a portar-se perante o acusado não como um magistrado mas como inimigo. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 87).

⁸⁷ O marquês de Beccaria, Cesare Bonesana publicou em Milão, em 1764, o célebre livro *Dei delitti e delle pene*. No dizer de Roberto Lyra: "Leigo em assuntos jurídicos, sem a menor experiência dos problemas criminais, Beccaria não precisou mais do que um arrojado e destemeroso impulso de solidariedade humana para concentrar, na sua voz, cheia de insuspeita indignação, todos os gritos estrangulados com mão de ferro." (LYRA, Roberto. Passado, presente e futuro da prova penal. *Revista Justitia*, São Paulo, 4. trim., v.51, 1965, p. 120).

Foi na França, com a grande Revolução Francesa, que teve ampla realização legislativa a reforma pregada pelos filósofos e publicistas⁸⁸.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, consagraram-se os princípios diretores da nova legislação criminal, os quais se revestiram de alta importância histórica⁸⁹.

Com a vitória da Revolução Francesa e a proclamação dos Direitos do Homem, intensificou-se a propagação dos ideais humanitários da justiça penal. Surgiu na Europa continental um movimento de combate ao sistema inquisitivo.

A Revolução Francesa, banhada de ideais iluministas, reprovava o sistema inquisitório, e desde logo, com a finalidade de refreá-lo, introduziu garantias em favor do acusado, especialmente a publicidade e o direito à assistência de um defensor, mas manteve a fase inicial da investigação secreta. Quando do comparecimento do acusado perante o magistrado, para o interrogatório, iniciava-se a segunda fase do procedimento, pública e contraditória, com ampla possibilidade de intervenção do defensor, inclusive com o reconhecimento do direito de inquirir testemunhas de acusação e produzir contraprova⁹⁰.

Nessa época, a Europa assistia perplexa à independência dos Estados Unidos da América, onde se redigiam as primeiras declarações de direitos, fortemente inspiradas na tradição puritana dos imigrantes do Mayflower e talhadas de acordo com o pensamento liberal inglês⁹¹.

⁸⁸ Antes da Revolução Francesa, reformas já vinham acontecendo na Europa. Na França, em 1788, um édito proibia as torturas, exigia sentença motivada e concedia ao acusado absolvido uma reparação moral consistente na publicação da sentença. Na Itália, a reação se iniciou pela abolição dos Tribunais da Inquisição e da Tortura, banidos em Nápoles em 1730 e excluídos sucessivamente dos outros Estados italianos; prosseguiu-se no Piemonte por intermédio do Código Vitorino, que reformou a legislação penal, e na Toscana, pela proibição das denúncias secretas e pela introdução do princípio da reparação dos erros judiciários à vítima. A Ordenação da Justiça Penal de José II aboliu a tortura na Áustria. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pelligrini, op. cit., p. 37; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p.88.

⁸⁹ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, resultante da Revolução Francesa, proclamava como direitos naturais e imprescritíveis do homem a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

⁹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 28. Informa Grinover que "com a Revolução, o movimento de hostilidade contra o velho sistema, teve impulso ainda maior. A Assembléia Constituinte de 1790 recolheu os conceitos liberais, pronunciando-se contra o sistema inquisitório no processo penal e contra as provas legais; consagrou-se o sistema do livre convencimento do juiz, cristalizado nas Leis de 18 de janeiro de 1791 e de 29 de setembro do mesmo ano. [...] Introduziram-se, a assistência do advogado e sua presença para as testemunhas e as acareações, a publicidade das audiências (ainda que a instrução continuasse secreta), o juiz natural, os jurados, etc."(GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.37-38).

⁹¹ Com efeito, na Inglaterra, desde 1215 a Magna Carta comprometia o rei a respeitar um mínimo de liberdades. A Petição de Direitos de 1628, despachada em francês, língua da Corte, ratificava e acrescentava algumas liberdades públicas. Em 1679 a famosa prescrição do

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) proclamava solenemente que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que entre esses direitos se deve colocar em primeiro plano a vida, a liberdade, e a busca da felicidade, e que, para assegurar o uso desses direitos, os homens estabelecem entre si governos, cuja autoridade emana do consentimento dos governados. A Declaração da Virgínia, do mesmo ano, proclama como direitos inerentes ao homem o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade e buscar e obter felicidade e segurança.

A Declaração francesa de 1789, bem como a norte-americana que a antecedeu, podem ser consideradas marcos efetivos, como alicerces das fundações filosóficas da moderna idéia de direitos humanos⁹².

Nesse clima de prevalência da idéia liberal e individualista, o sistema inquisitivo perdeu definitivamente espaço para a feição acusatória, com a separação nítida de funções entre o órgão promovente da ação penal e o julgador, além de o acusado ser alçado da condição de objeto do processo para a de sujeito de direitos na relação processual⁹³.

habeas corpus veio garantir de forma original a segurança dos cidadãos e finalmente em 1689, após nova resolução, o parlamento fez sancionar por Guilherme de Orange o *Bill of Rights*.

⁹² STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 27.

⁹³ Assim, novas codificações surgiram, como o código austríaco de 1873, permitindo ao imputado fazer-se acompanhar de seu defensor, salvo algumas exceções; o alemão de 1877, salientando que o réu podia fazer-se acompanhar de um defensor em qualquer fase do processo, embora a defesa fosse somente obrigatória em casos graves ou especiais; o norueguês de 1877, estabelecendo como princípio geral a publicidade dos atos instrutórios. E, na França, a Lei de 1897, abolindo o caráter inquisitivo da instrução, que deixou de ser secreta para converter-se em contraditória. Em 1913 foi promulgado o Código de Processo Penal da Itália, sob a mesma influencia liberal. (GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.41-42).